

R I F D

RIVISTA INTERNAZIONALE
DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

serie V - anno XC



n. 3 - luglio / settembre 2013

Dieci lettere inedite dal carteggio Schmitt – Jünger
CHIARA TINNIRELLO

Harem und Tabu
AMEDEO GIOVANNI CONTE

*Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Da un dialogo
del diritto con l'arte, la letteratura, la religione, la musica*
GIUSEPPE BENEDETTI

«Est modus in rebus»? Sulla totalità parziale della giustizia
DANIELE M. CANANZI

Ermeneusi e diritto
ALESSANDRO ARGIROFFI

3

Ermeneusi e diritto

ALESSANDRO ARGIROFFI

SOMMARIO: 0. Premessa; 1. Fenomenologia ermeneutica in Martin Heidegger e ulteriori sviluppi; 2. Circolo ermeneutico, interpretazione e applicazione del diritto; 3. Considerazioni finali e ulteriori riflessioni.

0. Premessa

In questo saggio mi occupo di fenomenologia ermeneutica a partire dalla svolta impressa da Heidegger rispetto alla concezione di Husserl, finalità è quella di discutere l'ermeneutica giuridica che, a mio parere, arricchisce ed illumina ulteriormente quella.

La svolta consiste nel fatto che la radice ultima della fenomenologia non andrebbe ricercata nell'orizzonte della riflessione trascendentale, come per Husserl, bensì in quello a-teoretico e/o pre-teoretico e pre-logico dell'intuizione ermeneutica.

L'ermeneutica del diritto, come si vedrà, si sviluppa a partire dal circolo ermeneutico.

Di questo si sono occupati sia Josef Esser che Joachim Hruschka per quanto attiene al diritto, molti Altri ancora per la teologia, per la filosofia della religione, per la psichiatria e la psicoanalisi, si considerino a tal proposito Bultmann, Welte, Casper, Binswanger, Lacan. Il percorso si snoderà dalla fenomenologia ermeneutica, quale metodo dell'ontologia fondamentale orientata escatologicamente¹, alla

(¹) Cfr. M. HEIDEGGER, *Phänomenologie des religiösen Lebens* (Bd. 60), in particolare Prima Parte *Einleitung in Phänomenologie der Religion*, klostermann, Frankfurt am Main

fenomenologia ermeneutica come *Weg* per l'ontologia giuridica (regionale) e per l'interpretazione del diritto nella costituzione del caso giuridico nella sua unicità.

1. Fenomenologia ermeneutica in Martin Heidegger e ulteriori sviluppi

Heidegger discute di fenomenologia ermeneutica nel noto § 7 di *Sein und Zeit*² e anche ne *Die Grundprobleme der Phänomenologie*³.

Così come la fenomenologia ermeneutica costituisce il metodo per l'ontologia fondamentale (generale) incentrata su «l'essere dell'esserci», alla stessa guisa quell'altra riguardante il giuridico rappresenta il metodo (o sentiero) dell'ontologia giuridica (regionale) e per l'ermeneutica del diritto nel singolo caso concreto.

L'espressione "fenomenologia" non indica "un punto di vista", né una "corrente", significa primariamente un concetto di metodo. Preciso ulteriormente che metodo non è da considerarsi tale per la correttezza dell'intendere alla stregua delle metodologie tradizionali (*Teoria generale dell'interpretazione* di Emilio Betti), bensì come *Weg*, «sentiero» o «cammino» volto alla comprensione, mai definitiva ed esaustiva, ma sempre sottoponibile ad un altro domandare⁴. Si può notare che la non definitività della comprensione ricalca la fini-

1995 (trad. it. di G. Gurisatti, *Fenomenologia della vita religiosa*, Adelphi, Milano 2003). Si vedano A. MOLINARO (a cura di), *Heidegger e San Paolo. Interpretazione fenomenologica dell'Epistolario paolino*, con saggi di FR.-W. VON HERRMANN, B. CASPER et Alii, Urbaniana University Press, Città del Vaticano 2008. Rinvio ai miei *Identità personale, giustizia ed effettività. Martin Heidegger e Paul Ricoeur*, Giappichelli, Torino 2002; inoltre da ultimo cfr. A. LA SPINA, A. ARGIROFFI, F. M. LO VERDE (a cura di), *Ontologia della fatticità, fenomenologia ermeneutica in Martin Heidegger. Quali possibili orientamenti etico-giuridici per le questioni aperte della tardamodernità?* in *Post-moderno e soggettività*, Aracne, Roma 2012.

(2) M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, XVI Auflage, Niemeyer, Tübingen 1986 (trad. it. a cura di Pietro Chiodi, *Essere e Tempo*, Einaudi, Torino, 1969, traduzione che non seguirò sempre). D'ora in avanti si citerà come SuZ.

(3) M. HEIDEGGER, *Die Grundprobleme der Phänomenologie*, Klostermann, Frankfurt am Main 1975 (trad. it. a cura di Adriano Fabris, *I problemi fondamentali della Fenomenologia*, il Nuovo Melangolo, Genova 1990).

(4) FR.-W. VON HERRMANN, *Sentiero e metodo. Sulla fenomenologia ermeneutica del pensiero della storia dell'essere* (trad. it. a cura di C. Badocco, C. Angelino), il Nuovo Melangolo, Genova 2003, nota 11 pp. 21-22.

tudine della *Ek-sistenz*, essendo quest'ultima nel proprio articolarsi tra trascendenza e oltrepassamento della situazione e, contestualmente, il limite costituito dalla temporalità finita. Ma ciò esula da questo breve saggio.

In tutt'altra direzione, si confrontino ad esempio i vari gradi del giudizio giurisdizionale.

Del *logos* della fenomenologia si dice che esso ha il carattere metodico dell'*ermeneuein*⁵.

Il lasciar-vedere-a partire – da- se – stesso, ovvero la descrizione fenomenologica nel senso di esibizione e di esposizione (*Auf-und Ausweisung*)⁶ ha il senso metodico dell'"interpretazione" (*Auslegung*)⁷.

In termini suggestivi e sintetici la fenomenologia può essere detta con la famosa espressione husserliana: *Verso le cose stesse! (Zu den Sachen selbst!)*⁸.

Secondo Heidegger questa ostensione si contrapporrebbe «alle costruzioni fluttuanti, ai trovamenti casuali, all'assunzione di concetti giustificati solo apparentemente, agli pseudo-problemi che sovente si trasmettono da una generazione all'altra come "problemi"»⁹.

La fenomenologia come metodo va oltre la gnoseologia tradizionale fondata questa sul rapporto "esterno" tra un soggetto e un oggetto: infatti quella nasce dalla (e indaga la) relazione di questi, dal fenomeno, che non è interpretato dal soggetto che si dirige verso l'oggetto¹⁰, bensì si tratta «di un'interpretazione soggettiva dell'oggetto come *retrointerpretazione* oggettiva del soggetto»¹¹.

Tale *retrointerpretazione*, andando oltre i concetti di soggetto e oggetto *come separati*, indica e ostende la *relazione* come coapparte-

(⁵) SuZ., p. 37.

(⁶) FR.-W. VON HERRMANN, *Sentiero e metodo. Sulla fenomenologia ermeneutica del pensiero della storia dell'essere*, cit., p. 25.

(⁷) SuZ., p. 37.

(⁸) SuZ., p. 28.

(⁹) *Ibidem*.

(¹⁰) Rinvio al mio *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, Giappichelli, Torino 1994. Cfr. N. HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie*, (IV Auflage), Walter de Gruyter, Berlin 1962.

(¹¹) Cfr. FR.-W. VON HERRMANN, *Il concetto di fenomenologia in Heidegger e Husserl*, trad. it. R. Cristin, il Nuovo Melangolo, Genova 1997.

nenza e cooriginarietà tra pensare e pensato, tra cercare e cercato.¹² A questo proposito è fondamentale per tale relazione originaria (coappartenenza e cooriginarietà) il rinvio al terzo significato dell'*esserenel-mondo* (*das-In-der-Welt-sein*), ovvero: «l'*in* -cui (*worin*) di un esserci effettivo che “vive” come tale»¹³.

La fenomenologia, andando oltre le varie contrapposizioni tradizionali e dogmatico-metafisiche tra idealismo e realismo, ancora tra soggettivismo e oggettivismo, tra razionalismo ed empirismo, non definirebbe l'oggetto tematico della filosofia, ma il *come*, il *modo di trattazione*, la *modalità d'incontro*.

In definitiva, proprio come metodo è da intendersi come “strada”, come “sentiero” non per risultati “esatti” (vs. Betti), bensì *come possibilità permanente del domandare sulla cosa*.

Nel senso letterale greco *ermeneuein* significa interpretare, nel contempo assume il senso di annunciare e di render noto¹⁴. Come si è già veduto, la *fenomenologia ermeneutica* è affatto antitetica all'*ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*.

Il *vedere fenomenologico* è visione *pre-ontologica* e *ante-predicativa* per accedere alle cose stesse: in fenomenologia si parla di dati fenomenici, così come si presentano *naturaliter*, questi al vaglio della metodologia divengono fenomenologici.

L'espressione greca “fenomeno” deriva dal verbo *phainesthai*, cioè manifestarsi: «Fenomeno quindi significa ciò che si manifesta, ciò che viene in chiaro, ancora rendersi visibile in se stesso»¹⁵.

Ciò che è cercato potrà mostrarsi da se stesso in maniere diverse: un primo modo è la *parvenza*, la *sembianza* (*scheinen*), infatti si tratta di ciò che sembra in una determinata guisa, ma che in verità non è ciò per cui si spaccia¹⁶.

L'altro modo di mostrarsi è quello dell'*apparizione* (*Erscheinung, erscheinen*): questo è il modo di mostrarsi positivo e originario

(¹²) Ivi.

(¹³) SuZ., pp. 65-66.

(¹⁴) FR.-W. VON HERRMANN, *Sentiero e metodo. Sulla fenomenologia ermeneutica del pensiero della storia dell'essere*, cit., p. 27.

(¹⁵) SuZ., pp. 65-66.

(¹⁶) Ivi, p. 29.

di quell'altro della *parvenza* che, invece, costituisce una modificazione privativa e occultante di quest'ultimo.

Nell'esemplificare, Heidegger si riferisce all'annunciarsi di una malattia: si allude a eventi del corpo che si mostrano e, che proprio nel mostrarsi, sono da intendersi come *indizi* di qualcosa che in se stesso non si manifesta; ora, l'insorgere di tali eventi, il loro annunciarsi va di pari passo con malesseri che in se stessi ancora non si manifestano. Com'è noto, la scienza medica che studia i segni ed i sintomi è la semeiotica medica a scopo diagnostico. Ora, l'abilità e l'esperienza del medico è data dal ricostruire o, meglio, dal diagnosticare attraverso quei sintomi, l'insorgere di quella particolare malattia e patologia che ancora non si manifesta e non, invece, di un'altra che può avere caratteristiche e sintomi simili. È chiaro che oggi la diagnostica clinica si basa pure sulla statistica che accresce le probabilità, ma questa non fa venir meno il carattere di abilità e di esperienza del clinico che non ha, né può avere certezze, configurando i risultati come empirici a differenza delle scienze esatte come la matematica e la fisica.

In definitiva, l'*apparizione è un non manifestarsi*. Mi è capitato di confrontarmi a lungo con il filosofo-fenomenologo della religione Bernhard Casper e ho radicato la convinzione che, più dell'esempio della semeiotica medica, sia maggiormente significativa, per intendere più approfonditamente, l'esperienza delle apparizioni in ambito religioso-cristiano. Proprio questo ambito è, a mio avviso, una fonte primigenia di Heidegger cristiano, acuto osservatore del protocristianesimo, fonte che è bene riconoscere che, nella maggior parte della produzione filosofica, rimane nascosta¹⁷.

«Fenomeno, invece, è ciò-che-si manifesta- in se stesso, il manifesto¹⁸ [...]. Fenomenologia significa: lasciar veder da se stesso ciò che si manifesta, così come si manifesta da se stesso¹⁹».

(¹⁷) Cfr. *supra*, nota n.1 del presente saggio. Nell'*apparizione in senso cristiano* si mostra qualcosa, ad esempio, come una particolare luminosità densa di senso per il fedele, l'apparizione rinvia a quello che "ancora" non si manifesta: ma quando si manifesterà compiutamente? La risposta della fede cristiana indica questo "momento" *Kairos*, (da cui Heidegger deriva il concetto di *Ereignis*) come «la fine dei tempi», o con il compimento dei tempi, la direzione è quella dell'*Eskhaton*, cioè l'ultimo, il definitivo e l'estremo.

(¹⁸) SuZ., p. 28.

(¹⁹) Ivi, p. 34.

Invece, «esser coperto è il concetto contrario di fenomeno».²⁰

Alla domanda riguardante che cos'è che merita il nome di fenomeno, il Filosofo della Foresta Nera risponde così: «Si tratterà di qualcosa che innanzitutto e per lo più non si manifesta, di qualcosa che resta nascosto rispetto a ciò che si annuncia innanzitutto e per lo più, e nel contempo di qualcosa che attiene in linea essenziale, a ciò che si mostra innanzitutto e per lo più, in modo da esprimerne il *sensu* e il *fondamento*»²¹.

Il *sensu* è da intendersi come l'orizzonte della comprensibilità di qualcosa in quanto tale, il *fondamento* invece è detto in termini medievali – che non so quanto si addicano ad Heidegger – la *causa che trascende*. In modo più proprio si parla di *essere come transcendens per eccellenza*²².

In definitiva, il non – manifestarsi è ciò che oltrepassa ciò che si annuncia *naturaliter* e che, proprio di questo, costituisce il *sensu* e il *fondamento*.

La fenomenologia come metodo si articola in un *punto di partenza* (*Ausgang*) non soggettivistico, un *accesso* (*Zugang*) che lascia incontrare la *cosa* così come si presenta e, infine, un *attraversamento* (*Durchgang*) come scoprimento di ciò che copre la “cosa”²³.

I tre momenti fondamentali sono costituiti dalla *riduzione* fenomenologica cioè il coglimento dell'ente, del cercato così come si mostra *naturaliter*, si veda la *epoché* di Husserl.

Inoltre, il secondo momento è leggibile nella *costruzione fenomenologica* in cui, in un libero progetto, si cerca di disvelare “*sensu*” e “*fondamento*” dell'ente cercato o della “cosa”.

Infine, il terzo è la *distruzione fenomenologica* nel senso di *decostruzione* critica di quegli aspetti che costituiscono le incrostazioni e le deviazioni della *cosa* così come si annuncia *naturaliter*, cioè in modo coperto ed ancora a-critico.

A conclusione di queste non esaustive pagine, esplicito una riflessione finale sulla fenomenologia ermeneutica di Heidegger. Pren-

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 36.

⁽²¹⁾ Ivi, p. 35.

⁽²²⁾ Ivi, p. 38 (trad. modificata rispetto a quella di P. Chiodi)

⁽²³⁾ Rinvio al mio, *Identità personale, giustizia, effettività. Martin Heidegger e Paul Ricoeur*, cit., pp. 42 e ss.

do in prestito da Gadamer il concetto di *Wirkungsgeschichte* tradotto *storia degli effetti o delle determinazioni*²⁴. Credo che tale concezione di Heidegger non abbia solamente un significato storico, ma per la sua radicalità²⁵ e per la sua precipua innovatività abbia avuto, abbia e potrà avere una sua storia degli effetti, una sua “fortuna”.

L'essenza del domandare è quella di aprire delle possibilità e di mantenerle aperte. Tutto questo implica anche la possibilità e la potenzialità di una sorta di completamento dell'impostazione fenomenologico-ermeneutica heideggeriana in direzioni altre, in ambiti diversi, dell'ontologia fondamentale (o generale). In tal modo si dischiudono l'orizzonte della teologia di Bultmann, l'altro della filosofia fenomenologica della religione di Welte e Casper, ancora quelli relativi alla psichiatria ed alla psicoanalisi di Binswanger e Lacan, oltretutto il decostruzionismo di Derrida²⁶. Non occorre menzionare anche Gadamer e Ricoeur con le loro ermeneutiche fenomenologiche. E, non da ultimi, le ermeneutiche del diritto e le ontologie giuridiche di Esser e Hruschka.

2. Circolo ermeneutico, interpretazione e applicazione del diritto

Il *circolo ermeneutico* è connesso alla fenomenologia ermeneutica nella direzione di una sua esplicitazione concreta. Occorre precisare che tale *circolo* non si può considerare, né assumere senza lo sfondo di quella²⁷.

(²⁴) H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, (trad it. a cura di G. Vattimo, v edizione), Bompiani, Milano 1988, pp. 350 e ss.

(²⁵) R. MARTEN, *Radikalität des Geistes. Heidegger -Paulus-Proust*, Alber Karl Verlag, Freiburg im Breisgau 2012, pp. 13 e ss.

(²⁶) Cfr. J. DERRIDA, *La mano di Heidegger*, M. Ferraris (a cura di), Laterza, Roma-Bari 1991.

(²⁷) Contra F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 1999, in particolare nel quinto Capitolo pp. 409 e ss. si esplicita l'ermeneutica filosofica, senza alcun riferimento alla *fenomenologia ermeneutica* di origine heideggeriana da cui si sviluppa la propria concretizzazione nel *circolo ermeneutico*, ciò vale infatti pure per il diritto; a questo proposito gli Autori più importanti citati come Gadamer, Hruschka ed Esser, proprio nella fenomenologia ermeneutica di origine heideggeriana inseriscono il *circolo ermeneutico*! Quest'ultimo senza l'orizzonte della *fenomenologia ermeneutica*, non può sussistere; inoltre parlare di *ermeneutica filosofica*, o

Si rende necessario investigare il circolo ermeneutico per poter ritrovare la peculiarità e l'appropriatezza della stessa interpretazione giuridica del singolo caso. Nel famoso §32 di SuZ.²⁸ che Heidegger intitola *Comprensione e interpretazione (Verstehen und Auslegung)* è affermata la *struttura circolare (Zirkelstruktur)*:

Ma se l'interpretazione deve sempre muoversi nel compreso e nutrirsi di esso, come potrà condurre a risultati scientifici senza avvolgersi in un circolo, tanto più che la comprensione presupposta è costituita dalle convinzioni ordinarie degli uomini e del mondo in cui vivono? Le regole più elementari della logica ci insegnano che il circolo è *circulus vitiosus*²⁹.

Iniziamo dalla via negativa per giungere con ordine a descrivere il circolo ermeneutico da assumersi nel suo significato positivo e propositivo. Le tre condizioni di attuazione della comprensione sono la *pre-disponibilità (Vorhabe)*, la *pre-visione (Vorsicht)* e *pre-affermamento (Vorgriff)*³⁰.

Tali tre condizioni costituiscono le condizioni di possibilità di ogni interpretazione, in particolare di quella fenomenologica propria dell'ermeneutica³¹.

La struttura circolare si realizza nella dinamica di questa triplice *pre-struttura (Vor-Struktur)*. Heidegger parla proprio di tale triplice

che è lo stesso di *filosofia ermeneutica*, rimane molto generico ed ambiguo, soprattutto non convincente per un fenomenologo-ermeneuta! Si tratta, come è evidente, di argomentazioni più o meno forti e decisive. Tale parzialità e confusione (nell') dell'impostazione può "giustificarsi" solamente per la dedica del Libro a Filosofi analitici del diritto che si occupano (e si sono occupati) dell'interpretazione del diritto e del linguaggio giuridico. Per questo rimando alla *Prefazione* del libro stesso.

Lo stesso rilievo critico può estendersi anche a F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, Bologna 2003, il riferimento è in particolare alle pp. 241-246.

Questa connessione essenziale tra fenomenologia ermeneutica e circolo ermeneutico è colta lucidamente dal filosofo del diritto oltreché penalista J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale applicazione giuridica*, di G. Carlizzi, il Mulino, Bologna 2009, pp. 56-57.

⁽²⁸⁾ SuZ., p. 148.

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 152.

⁽³⁰⁾ Mi discosto dalla traduzione di P. Chiodi.

⁽³¹⁾ Cfr. FR.-W. VON HERRMANN, *Sentiero e metodo. Sulla fenomenologia ermeneutica del pensiero della storia dell'essere*, cit., p. 32.

pre-struttura, che si può efficacemente sintetizzare nella *pre-comprensione* (*Vor-Verständnis*, il verbo è *verstehen*)³².

In tal modo giungiamo al significato positivo e propositivo del circolo del comprendere.

A questo proposito sostiene Heidegger:

Il circolo non dev'essere degradato a *vitiosus* e neppure ritenuto un inconveniente ineliminabile; in esso si nasconde una possibilità positiva del conoscere più originario, possibilità che è afferrata in modo genuino solo se l'interpretazione ha compreso che il suo compito primo, permanente ed ultimo è quello di non lasciarsi mai imporre pre-disponibilità, pre-visioni, e pre-supposizioni dal caso o dalle opinioni comuni, ma di farle emergere dalle cose stesse, garantendosi così la scientificità del proprio tema³³.

Questa è la descrizione heideggeriana del modo di attuarsi dello stesso comprendere interpretativo come tale: occorre difendersi dall'arbitrarietà e dalle limitazioni che derivano da inconsapevoli abitudini mentali, più o meno comuni e ordinarie, guardando primariamente *alle cose stesse*³⁴.

Infatti, la comprensione di ciò che si dà a comprendere consiste proprio nella elaborazione di questo progetto preliminare o ipotesi di lavoro, che ovviamente viene continuamente riveduto in base a ciò che risulta dall'ulteriore penetrazione del testo³⁵.

Questo per evitare che la comprensione possa sfociare in un fraintendimento.

Che cos'è che contraddistingue le pre-supposizioni inadeguate se non il fatto che, sviluppandosi, esse si rivelano insussistenti e fallaci? Il comprendere perviene alla sua possibilità autentica e positiva solo se tali presupposizioni e/o ipotesi di lavoro da cui preliminarmente parte l'ermeneuta non siano arbitrarie, bensì siano controllate e messe alla prova.

(³²) H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 312.

(³³) SuZ., p. 153.

(³⁴) H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 313 e ss.

(³⁵) *Ibidem*.

Così si arriva al nucleo centrale ed essenziale della struttura circolare della comprensione: «Il decisivo – afferma Heidegger – non sta nell'uscire fuori dal circolo, ma nello starvi dentro nella maniera giusta [...]. Il circolo non è un semplice cerchio in cui si muove qualsiasi forma di conoscere, ma l'espressione della pre-struttura propria dell'Esserci stesso»³⁶. Tale struttura che appartiene all'orizzonte del *sensu*, è caratterizzata in modo ontologico. Ancora l'asserzione è, invece, modo derivato dell'interpretazione³⁷.

Quanto si è veduto risulta affatto incompatibile con *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*³⁸ che, invece, ricerca l'esattezza e la correttezza degli esiti dell'interpretazione: in questa direzione Betti sostiene con veemenza l'asserzione: *sensus non est inferendus sed efferendus*^{39, 40}.

Affinché il “circolo del comprendere” conduca alla possibilità positiva di un intendere genuino si rende necessario non lasciarsi mai imporre pre-comprensioni dal caso o da opinioni comuni acritiche, bensì fare in modo che quelle autentiche emergano dalla *cosa stessa*. In particolare, si consideri che nell'ambito del giuridico ciò che Hruschka⁴¹ chiama *cosa-diritto* si riferisce anche alla *cosa-del-testo* di Gadamer; infine si tratta in entrambe le configurazioni di ciò che Heidegger nella fenomenologia ermeneutica indica come le *cose stesse*.

(³⁶) «Das Entscheidende ist nicht, aus dem Zirkel heraus-, sondern in ihn nach der rechten Weise hineinzukommen [...]». SuZ., p. 153.

(³⁷) *Ibidem*.

(³⁸) E. BETTI, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, (a cura di G. Mura), Città Nuova, Roma 1987, pp. 92-95.

(³⁹) E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* (a cura di G. Crifò), Giuffrè, Milano 1990, p. 305. Rinvio al mio *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, Giappichelli, Torino 1994, p. 116, più in generale cfr. Cap. v, pp. 106 e ss.

(⁴⁰) Afferma Gadamer che più adeguatamente è compito dell'ermeneutica chiarire questo miracolo della comprensione, che non sarebbe una comunicazione fra le anime, bensì un partecipare al senso condiviso. Questo corrisponde – a mio parere – all'ermeneutica giuridica che cerca di trovare un significato condivisibile sulla “cosa-diritto”, si vedano sia Esser che Hruschka.

H.-G. GADAMER, *Verità e metodo 2* (a cura di R. Dottori), Bompiani, Milano 1996, p. 58.

(⁴¹) J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici* (a cura di P. Perlingeri), ESI, Napoli 1983, pp. 55 e ss.

Nell'Opera di Hruscka il collegamento con SuZ. e con l'*Hauptwerk* di Gadamer è continuo in relazione a questi temi⁴².

La *extra positiva cosa-diritto* è definita da Hruscka come la condizione di possibilità della comprensione dei testi giuridici⁴³. Detto altrimenti, ciò che è giuridico non viene determinato "autonomamente" dai testi giuridici positivi; al contrario i testi sono espressione di ciò che è giuridico⁴⁴.

Sarebbe interessante realizzare un confronto con la *differenza nomologica* secondo Bruno Romano⁴⁵. Purtroppo questo esula da questo breve saggio!

Riprendo l'*entrare e stare dentro il circolo nella maniera giusta* (*in den Zirkel nach der rechten Weise hineinkommen*)⁴⁶, ove si mostra essenziale cogliere il senso delle modalità che, appunto, si definiscono *giusta* e *retta*. Ciò in particolare per quanto riguarda il diritto, che – a mio avviso – potrà illuminare ed esplicitare ulteriormente il *circolo ermeneutico* in generale, mi riferisco a quello dell'ontologia fondamentale heideggeriana. Si verifica specificamente che tale maniera *giusta* – sempre secondo me – si configura in modo dinamico e storico-temporale (non certo nel significato "storicistico delle scienze dello spirito" come per W. Dilthey) cioè mutevole in quanto legato alle situazioni, ai *mores*, in generale allo spirito del tempo (non nel senso riferibile ad Hegel). Tutto ciò deriva dalla storicità dell'uomo e, nel nostro ambito giuridico, del legislatore, del giudice oltreché del giurista positivo. Infatti, la storicità delle decisioni e delle politiche

(⁴²) Ivi, in particolare si veda p. 43.

(⁴³) Ivi, p. 55.

(⁴⁴) Ivi, p. 11.

(⁴⁵) Cfr. B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002. Centrale è il concetto di *differenza nomologica* che indica il differire del diritto rispetto alle norme, rispetto alle leggi positive, ancora rispetto alle singole forme storiche del presentarsi del "giuridico". In definitiva, il diritto è da considerarsi come ciò che si sottrae ma *nell'*annunciarsi delle concretizzazioni storiche del giuridico stesso. Ciò non è distante dalla *differenza ontologica* di Martin Heidegger. Per un approfondimento rinvio al mio *Filosofia del diritto, fenomenologia del terzo e postmoderno alla luce della più antica parola del pensiero occidentale: il Detto di Anassimandro*, in A. ARGIROFFI, L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, F. ROMEO, *Il cammino del diritto. Interpretazioni dell'itinerario speculativo di Bruno Romano*, Edizioni Nuova Cultura, Roma 2007; cfr. in particolare le pp. 9-37.

(⁴⁶) SuZ., p. 153. Il verbo *hineinkommen* indica l'*entrare*, P. Chiodi nella sua traduzione, invece parla solo di *starvi dentro* (il e nel *circolo ermeneutico*) trad. cit., p. 250.

giuridiche, anche nei sensi assiologico e deontologico⁴⁷, influiscono, non potendo essere altrimenti, nella prospettiva pragmatica del diritto che nel suo evolversi ed esplicitarsi non è mai statico.

Cerco di esemplificare riferendomi, nell'orizzonte normativo italiano, alla Legge n. 40 del 2004 "Sulla fecondazione medicalmente assistita" che, nonostante il risultato negativo del relativo confronto referendario, è stata inficiata da una serie di interventi giurisdizionali⁴⁸.

Tutto ciò, tornando all'*ontologia fondamentale* heideggeriana, deriva dalla *storicità dell'esserci* dell'uomo il quale, come afferma il filosofo della Foresta Nera, *vive il tempo* in cui *vivere* è considerato come *verbum transitivum*⁴⁹.

Esser a riguardo della storicità sostiene che, sulla possibilità di un consenso alla costituzione del caso giuridico, è impostata la pre-comprensione del giurista che decide secondo "legge e diritto" e con ciò viene in risalto, contestualmente, il condizionamento e la finitezza storica di questa pre-comprensione⁵⁰.

Hruschka debitamente contrappone il metodo fenomenologico alle teorie giuspositivistiche dell'interpretazione del diritto positivo, in particolare il riferimento è rivolto al dogma dello «stare-in-se-stesso-del diritto positivo»⁵¹.

A mio avviso, però queste ed altre considerazioni che sviluppa l'Autore sul giuspositivismo, nel relativo contrapporsi alla metodologia fenomenologico-ermeneutica collegata ad Heidegger e Gadamer⁵², risultano essere oggi obsolete, datate. Si può quindi affermare che si tratta del veterogiuspositivismo legato allo Stato moderno che ormai

(⁴⁷) J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (a cura di P. Perlingeri), ESI, Napoli 1983, p. 133. Esser sostiene che il problema dell'interpretazione del linguaggio giuridico ha come specificità di essere un linguaggio di trasmissione di modelli decisionali, di valori e di indicazioni relative all'azione.

(⁴⁸) In particolare, quello decisivo è costituito dalla Sentenza della Corte Costituzionale n. 151 dell'aprile del 2009, essenziale il famoso, anche se molto discusso, art. 3 della stessa.

(⁴⁹) Rinvio al mio *Identità personale, giustizia ed effettività. Martin Heidegger e Paul Ricoeur*, cit., p. 46.

(⁵⁰) J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., pp. 3-4.

(⁵¹) J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., pp. 15 e ss.

(⁵²) Ivi, p. 43.

è nei fatti archiviato: oggi la pluralità di tradizioni giusfilosofiche di indirizzo analitico è arricchita ed esplicitata in varie direzioni, anche post-analitiche oltretutto relativiste, ma non nel senso del nichilismo⁵³.

Hruschka sostiene, e ciò gli deriva da Heidegger e Gadamer, che il luogo del dispiegamento, ancora del disvelamento dell'ermeneutica sia il linguaggio⁵⁴, definito da Heidegger come la *casa dell'essere*⁵⁵.

Per la brevità di questo saggio non è possibile, anche se sarebbe necessario, affrontare la questione del linguaggio, della sua universalità⁵⁶.

In modo suggestivo e molto efficace Hruschka esplicita l'etimo di *Interpretation* dal sostantivo latino *interpretatio* e dal verbo *interpretari*. Ancora, *Interpretation* è definito alla stregua di "interposizione" e "mediazione": la radice deriverebbe dal latino *inter-pres, pretium*. Tale considerazione di *interpretazione* come *mediazione*⁵⁷ è significativa, ma non essendo un filologo non sono in grado di valutare questa possibile definizione. Continua Hruschka così la esplicazione di *interpret* che sarebbe stato originariamente concetto e termine giuridico nel significato di "intermediario" o "sensale" cioè colui che stabiliva nelle compravendite prestazione e controprestazione⁵⁸.

(⁵³) V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2012, si vedano in particolare i Capitoli IV e V.

(⁵⁴) J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 7.

(⁵⁵) Heidegger afferma che «Parlare della casa dell'essere non significa trasporre l'immagine della "casa" dell'essere, ma partendo dall'essenza dell'essere adeguatamente pensata, un giorno si potranno pensare che cos'è "casa" e che cos'è "abitare"» M. HEIDEGGER, *Wegmarken*, Klostermann, Frankfurt am Main 1967, in particolare *Brief über den »Humanismus«*, p. 189 (trad. it. *Lettera sull'Umanismo*, in Id., *Seignavia*, a cura di F. Volpi, Adelphi, Milano 1987, pp. 309-310).

(⁵⁶) Sull'universalità del linguaggio ed in particolare sulla musica come linguaggio più universale, un nome su tutti Plotino: «Dopo le sonorità, i ritmi e le figure percepibili dai sensi, il musico deve prescindere dalla materia nella quale si realizzano gli accordi e le proporzioni e attingere la bellezza di essi in se stessi. Deve apprendere che le cose che lo esaltavano sono entità intelligibili: tale infatti è l'armonia: la bellezza che è in essa è la bellezza assoluta, non quella particolare. Per questo egli deve servirsi di ragionamenti filosofici che lo conducono a credere a cose che aveva in sé senza saperlo». *Enneadi*, I, 3, 1. In generale, l'arte suprema, superiore che conduce all'ordine e all'armonia cosmica potrebbe cogliersi proprio nella musica che è non solo più universale, ma è definibile come suprema.

(⁵⁷) J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 9.

(⁵⁸) *Ibidem*.

L'interpretazione è finalizzata alla comprensione dei testi giuridici. A mio avviso, non si tratterebbe solo della comprensione dei testi giuridici, bensì più adeguatamente e compiutamente della mediazione tra precomprensione del testo giuridico e la «costituzione del caso giuridico»⁵⁹ nella sua unicità e singolarità, queste non solo per ciò che Dworkin definisce come gli *hard cases*^{60 61}.

Questo risulta fondamentale per giungere alla comprensione evitando potenziali fraintendimenti.

Hruschka non tratta dei *criteri della correttezza* delle interpretazioni, ma *in assoluto delle condizioni di possibilità* della comprensione dei testi giuridici⁶². Quindi, la questione metodologica deve diventare una questione ermeneutica⁶³. A mio parere, parlare in tal modo “delle condizioni di possibilità in assoluto della comprensione dei testi giuridici”, si potrebbe intendere in senso astratto e non effettivamente in guisa dinamica e concretizzantesi.

Ora, per la pre-comprensione in senso ampio occorre porre in dubbio, in modo radicale, gli stessi suoi presupposti. Il diritto positivo, *rectius* posto, e istituito è qualcosa di incompleto che va concretizzandosi e realizzandosi, ma ha bisogno di una legittimazione che rimane sempre oltre il diritto posto stesso⁶⁴.

Secondo Hruschka, il senso del diritto non sarebbe tanto la “qualità della parola”, bensì la “sua relazione a una cosa”, cioè a un contesto materiale o ad un contesto di esperienza; infatti, una parola è

(⁵⁹) Cfr. J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale applicazione giuridica*, cit. Si tratta proprio – a mio avviso – del significato generale dell'Opera dello Stesso.

(⁶⁰) Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. di F. Oriana, il Mulino, Bologna 1982. Cfr. B. PASTORE, *I principi ritrovati. Saggio su Ronald Dworkin*, Ila-Palma, Palermo 1985; A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino 1998.

(⁶¹) Tutto ciò relativamente all'unicità e singolarità del caso giuridico risulta anche dall'insensatezza e dalla contestabilità del noto brocardo «*in claris non fit interpretatio*».

(⁶²) J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 11.

(⁶³) Ivi, p. 12.

(⁶⁴) Cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, trad. it. di G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari 2007.

la tradizione interpretativa per una cosa che indica, un “segno” e un “rimando” proprio in direzione della cosa⁶⁵.

Continua Hruschka che “comprendere” è da intendersi alla stregua del comprender-si reciprocamente e “comprensione” significa opinione concorde (*Einverständnis*); infatti, l’intesa è sempre intesa su qualche cosa, comprendersi sempre in qualcosa, per una sorta di controllabilità intersoggettiva⁶⁶.

Hruschka pone una sorta di “parallelismo” tra ermeneutica del diritto e ontologia giuridica, rinviando ad E. Wolf in relazione alla questione del diritto naturale⁶⁷. Tali considerazioni (che però esulano dal presente saggio) che riguardano l’ontologia del diritto avrebbero per l’Autore un singolare e precipuo rapporto con i risultati di un’analisi ermeneutica del diritto.

Secondo Hruschka, *extra*-positivo e *u*-topico sarebbe il principio supremo ed ultimo della adeguatezza della giustizia nelle soluzioni dei conflitti⁶⁸. Considero il riferimento a Wolf e al principio *extra*-positivo e *u*-topico non alla stregua della dogmatica giusnaturalista, così allo stesso modo intendo la *differenza nomologica* secondo Bruno Romano, di cui si è già accennato.

Le riflessioni gadameriane pongono in rilievo che nella comprensione si verifica sempre una sorta di applicazione del testo da interpretare *alla situazione attuale dell’interprete*.

Gadamer sostiene che tanto nell’ermeneutica giuridica⁶⁹, quanto in quella teologica è essenziale la tensione che si stabilisce tra il testo

(⁶⁵) Continua l’Autore con l’affermazione che «la sostantivazione di tale significare in “significato” non è altro che la conseguenza di una specie di ipostatizzazione, la quale eleva il riferimento materiale della parola, che è il suo senso, a sua qualità autodeterminata» J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., pp. 30-31.

(⁶⁶) Ivi, pp. 47 e ss. Si veda J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., p. 3; esisterebbe, secondo Questi, una sorta di razionalità dell’argomentazione, al di fuori del sistema e dei suoi metodi; la produzione di un consenso sulla razionalità di una soluzione costituirebbe, nell’ambito delle alternative legalmente date, il vero processo di convincimento nei confronti del diritto.

(⁶⁷) J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 93.

(⁶⁸) Ivi, p. 67. Si veda l’intera Parte Terza *Dall’ermeneutica all’ontologia. Il filo conduttore del linguaggio*, in H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 441 e ss.

(⁶⁹) Ivi, p. 359.

(Legge e Rivelazione) e il senso che assume la sua applicazione nel concreto ed effettivo momento dell'interpretazione⁷⁰.

«Comprendere significa sempre, necessariamente, applicare»⁷¹. Ancora, «la comprensione si è rivelata essa stessa come un accadere storico [...]»⁷².

In conclusione, il filosofo di Marburgo rileva che l'ermeneutica giuridica sia esemplare nei confronti di altri tipi di ermeneutica.

3. Considerazioni finali e ulteriori riflessioni

Nella premessa sostengo che l'ermeneutica giuridica basata sulla svolta fenomenologica heideggeriana e, in particolare, il circolo dell'intendere possano illuminare ed arricchire la fenomenologia generale e fondamentale che dischiude l'*Analitica esistenziale dell'essere* (*Die existenziale Analytik des Daseins*)⁷³ tra «l'essere [che] è trascendente per eccellenza⁷⁴ e la temporalità (*Zeitigung*)».

Come si è già veduto, nelle riflessioni gadameriane sull'interpretazione che implica necessariamente l'applicazione è detto che la *cosa del testo* o la *cosa* in generale *dipende da*, nel senso di essere strutturalmente legata a la *situazione attuale* dell'ermeneutica. Così, nell'ermeneutica giuridica che si concretizza nel circolo dell'intendere svolge un ruolo decisivo il modo di stare nel circolo stesso: entrare (pre-comprensione) e stare *in modo giusto* (*in den Zirkel nach der rechten Weise hineinkommen*). Nella descrizione dell'interpretazione giuridica si è considerato che proprio il *modo giusto di stare* e la *situazione attuale dell'ermeneuta* sono mutevoli, sottoposti alla storicità degli accadimenti, alla stessa temporalità-maturazione (*Zeitigung*).

Tutto ciò rivelerebbe ulteriormente la finitudine esistenziale nonché l'oltrepassamento.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁷¹⁾ *Ivi*, p. 360.

⁽⁷²⁾ *Ibidem*.

⁽⁷³⁾ *SuZ.*, p. 50.

⁽⁷⁴⁾ *Ivi*, p. 38.

Tale mutevolezza e dinamicità arricchisce la statica Analitica esistenziale, che non si sofferma su tale aspetto, in quanto tesa e volta alla comprensione dell'essere con il *tempo*.

Heidegger dopo la svolta (*Kehre*) abbandonerà la terminologia di SuZ. che non gli permette un radicale nuovo inizio, né la distruzione della cattiva metafisica, ponendogli addirittura il problema di poter in qualche modo ricadere, invischiato e avviluppato, nella opacità di quella.

Fr. W. von Herrmann con estremo rigore filosofico (e forse anche filologico dei testi del Filosofo della Foresta Nera) ritrova nei *Beiträge* le novità concettuali, che caratterizzano Heidegger dopo la svolta.

L'essere per essenziarsi usufruisce dell'uomo, il quale per portare a pienezza (compimento) la propria estrema destinazione come esser-ci, appartiene all'essere (*Seyn*)⁷⁵. L'accadere diviene l'essenziarsi dell'essere *nell'evento*, direi, *come evento* (*Ereignis*). Andando oltre la non chiara terminologia di Heidegger, von Herrmann precisa che il mutamento della fenomenologia ermeneutica in pensiero della storia destinale dell'essere ha luogo a partire dal pensiero dell'essenza dell'essere come evento⁷⁶. Afferma ancora von Herrmann che il *circolo ermeneutico* viene ricondotto alla svolta nell'evento come alla sua propria radice⁷⁷.

In definitiva, l'ermeneutica fenomenologica non pensa solo l'essenza dell'essere *in quanto* evento, ma ha il proprio fondamento che la rende possibile, *nell'evento* è nella svolta che appartiene all'evento *appropriantesi* che *transpropria* (trasfigurazione di Paolo di Tarso)⁷⁸.

Detto altrimenti, la fenomenologia ermeneutica di SuZ. è ripensata nei termini del pensiero della storia destinale dell'essere.

Che significa l'espressione *l'essenziarsi dell'essere nell'evento*? Ancora, Heidegger afferma che *il linguaggio è la casa dell'essere* e,

(⁷⁵) M. HEIDEGGER, *Beiträge zur Philosophie. Vom Ereignis* (Bd. 65), a cura di F.-W. von Herrmann, Klostermann, Frankfurt am Main 1989, p. 251.

(⁷⁶) F.-W. VON HERRMANN, *Sentiero e metodo. Sulla fenomenologia ermeneutica del pensiero della storia dell'essere*, cit., p. 39.

(⁷⁷) Ivi, p. 53.

(⁷⁸) Rinvio al mio *La filosofia di Lucio Anneo Seneca tra etica, diritto e politica*, Giappichelli, Torino 2012, in particolare Cap. II, *Il concetto di bene secondo Paolo di Tarso. La Legge, la Sapienza, la Giustizia, la Fede*, pp. 39 e ss.

inoltre, che parlare di “casa” e di “abitare” non è da considerarsi in un orizzonte antropomorfo bensì, partendo dall’essenza dell’essere adeguatamente pensata, si potranno intendere i concetti di *casa* e di *abitare*⁷⁹.

Heidegger procede *absurde*, come si può adeguatamente pensare l’essenza dell’essere? Allo stesso modo, pensare l’inscrutabilità dell’inscrutabile significa fenomenologicamente lasciar scrutare l’inscrutabilità come tale: ancora, il dire svela l’indicibilità del dire come tale (mistero).

Cerco una possibile direzione di risposta alla possibilità di pensare da parte dell’uomo l’oscura e inaccessibile essenza dell’essere.

In SuZ., l’essere è colto come il *transcendens per eccellenza*.

Ora, all’essere come *transcendens per eccellenza* spetta il linguaggio nella sua forma più universale. Ancora, al *transcendens per eccellenza* spetta, è di casa, il linguaggio supremo, quello che con Plotino⁸⁰ è colto nella Musica, nel suo esser intellegibile ogni altro dire, il riferimento è all’arte più alta, più elevata, quella del musicista che disvela l’armonia e le proporzioni sonore della sinfonia, o *rectius*, della polifonia. L’essere pensato nel modo più adeguato nella sua essenza nel suo essenziarsi – azzardo il tentativo di risposta – è la Musica.

Si pensi alla Musica in generale e soprattutto per organo di J. S. Bach come responsoriale liturgico nel suo esser teso umilmente alla divinità di Dio.

In tutto questo, che potrà appartenere alla “impervia provincia heideggeriana”, che ne è dell’etica e del giuridico in senso ampio come ermeneutica e ontologia del diritto?

Formulo *ex abrupto* una risposta – questo oltre l’escatologia di Heidegger –, il senso alla stregua della comprensibilità e della intellegibilità del diritto, è quello di custodire e salvaguardare l’*hominis mysterium* di/come esserci dello Stesso nelle varie situazioni, accompagnarlo verso una specie di compiutezza pleromatica della sua *Ek-sistenz*⁸¹.

(⁷⁹) H. HEIDEGGER, *Wegmarken*, klostermann, Frankfurt am Main 1967, cit., in particolare *Brief über den »Humanismus«*, cit., p. 189.

(⁸⁰) *Enneadi*, I, 3, 1.

(⁸¹) In tedesco si scrive *Existenz*, Heidegger invece coglie il termine in greco ove si dà una separazione tra *Ek-sistenz*, cfr. M. HEIDEGGER, *Brief über den Humanismus*, cit., p. 189.

Abstract

This essay discusses Heidegger's hermeneutical phenomenology and hermeneutical circle through juridical interpretation. The purpose is to show how jurists, judges and lawmakers can make, by means of juridical interpretation, more prolific the same hermeneutical circle. It's about the vitality opposed to static nature of *opus magnum Sein und Zeit's* hermeneutical circle. New perspective examines in depth Heidegger's hermeneutical phenomenology, compared to Husserl's understanding, and develops in different fields of study, such as theology, psychoanalysis, and the same law.

Keywords

Phenomenology; Hermeneutics; Hermeneutical Circle; Pre-comprehension; juridical Interpretation.